

# Bezirksgericht Bülach

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: FV210068-C/U HZ/ad

Mitwirkend: Bezirksrichter Dr. iur. Ch. Hachmann und Gerichtsschreiberin  
MLaw H. Zimmermann

## Urteil vom 22. Dezember 2022

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Kläger

gegen

**B.**\_\_\_\_ GmbH,  
Beklagte

betreffend **Forderung**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 2, act. 13, Prot. S. 14)

1. Es sei eine abstrakte Normenkontrolle (Generalkontrolle) der AGB B.\_\_\_\_\_ durchzuführen mit Bezug auf die Kündigungsformalitäten. Dabei sei festzustellen, dass die AGB Klausel, welche eine schriftliche Kündigung per Post bei der Beklagten durch den Vertragsnehmer ausschliesst als missbräuchliche Geschäftsbedingung gemäss Art. 8 UWG zu qualifizieren sei.
2. Es sei eine abstrakte Normenkontrolle (Generalkontrolle) der AGB B.\_\_\_\_\_ durchzuführen. Dabei sei festzustellen, dass Kündigungsgebühren, die die Restlaufzeit eines Vertrages überschreiten als missbräuchliche Geschäftsbedingungen gemäss Art. 8 UWG zu qualifizieren seien (vorzeitiger Leistungsverzicht ist teurer als reguläre Leistung bis Vertragsende für den Konsumenten).
3. Es seien die missbräuchlichen Geschäftsbedingungen in Ziffer 1 und 2 gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 UWG zu beseitigen und zukünftig zu verbieten.
4. Sämtliches Handeln, welches die Ziffer 1 und 2 verletzt zukünftig zu unterlassen.
5. Sämtliche Unterlagen, die Ziffer 1 und 2 verletzen umgehend zu vernichten.
6. Es sei das Urteil zu veröffentlichen gemäss Art. 9 Abs. 3 UWG. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

### **Erwägungen:**

#### **I. Prozessgegenstand**

1. Der Kläger ist eine natürliche Person mit Wohnsitz in C.\_\_\_\_\_. Die Beklagte ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in D.\_\_\_\_\_. Sie bezweckt gemäss dem Auszug aus dem Handelsregister insbesondere die Erstellung und den Betrieb von ... und das Anbieten von Dienstleistungen und Produkten aller Art im Bereich der ....
2. Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger die Feststellung, dass sowohl die beklagtische Bestimmung Ziffer 16 in den den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten (nachfolgend AGB), die ausschliesslich eine telefonische oder eine Kündigung per B.\_\_\_\_\_-Chat festlegt sowie eine Kündigung per Brief oder

E-Mail ausschliesst, als auch die beklagische AGB-Bestimmung Ziffer 18, welche bei einer vorzeitigen Vertragskündigung Gebühren vorsieht, als missbräuchliche Geschäftsbedingungen zu qualifizieren seien. Ferner verlangt der Kläger von der Beklagten, dass sie Ziffer 16 und Ziffer 18 ihrer AGB-Bestimmungen beseitigt und zukünftig deren Verwendung und sämtliches damit verletzendes Handeln unterlässt sowie sämtliche mit diesen Bestimmungen im Zusammenhang stehenden Unterlagen vernichtet. Schliesslich verlangt der Kläger eine Veröffentlichung des Urteils. Die Beklagte macht zusammengefasst geltend, dass Ziffer 16 wie auch Ziffer 18 ihrer AGB-Bestimmungen nicht missbräuchlich seien.

## **II. Prozessgeschichte**

1. Mit Eingabe vom 20. August 2021 (zugleich Poststempel) reichte der Kläger unter Beilage der Klagebewilligung vom 28. Juli 2021 und weiterer Beilagen eine begründete Klage mit vorstehenden Rechtsbegehren ein (act. 1, act. 2, act. 3). Mit Verfügung vom 7. Oktober 2021 wurde dem Kläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses und der Beklagten Frist zur freigestellten Stellungnahme zur Klage angesetzt (act. 4). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 6) und innert Frist reichte die Beklagte am 20. Oktober 2021 eine Stellungnahme samt Beilagen ein (act. 7 sowie act. 8/1-3). Die Stellungnahme der Beklagten wurde dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt und die Parteien auf den 20. Januar 2022 zur Hauptverhandlung vorgeladen (act. 9, act. 11). Mit Eingabe vom 18. Januar 2022 "ergänzte" der Kläger sein Rechtsbegehren und reichte diverse Beilagen ins Recht (act. 12, act. 13 sowie act. 14/1-11).

2. Zur Hauptverhandlung erschien für die Beklagte E. \_\_\_\_\_ (Prot. S. 4), der gemäss der beigereichten Vollmacht vom 8. Dezember 2021 zur Vertretung der Beklagten berechtigt ist (vgl. act. 15). In der Folge erstatteten die Parteien bzw. ihre Vertreter ihre Parteivorträge (Prot. S. 5 ff.). In den darauffolgenden Vergleichsgesprächen konnten die Parteien keine Einigung finden (Prot. S. 29). Das Verfahren erweist sich unter Hinweis auf die nachfolgenden Ausführungen als spruchreif.

### III. Prozessuales

#### 1. Vorbemerkungen

Das Gericht hat von Amtes wegen zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 60 ZPO). Prozessvoraussetzung sind gemäss Art. 59 Abs. 2 ZPO unter anderem ein Rechtsschutzinteresse (schutzwürdiges Interesse, lit. a) sowie die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts (lit. b). Fehlt es an einer Prozessvoraussetzung, ist auf die Klage nicht einzutreten (vgl. Art. 59 Abs. 1 ZPO).

#### 2. Rechtsbegehren Ziffer 1 und Ziffer 2

2.1. Der Kläger stellt zunächst das Begehren um Feststellung, dass Ziffer 16 der beklagischen AGB, die eine schriftliche Kündigung per Post bei der Beklagten durch den Vertragsnehmer ausschliesse, als missbräuchliche Geschäftsbedingung im Sinne von Art. 8 UWG zu qualifizieren sei (Rechtsbegehren Ziffer 1, Prot. S. 15). Weiter stellt er das Begehren um Feststellung, dass eine Kündigungsgebühr gemäss den beklagischen AGB, welche die Restlaufzeit eines Vertrages überschreite, als missbräuchliche Geschäftsbedingung im Sinne von Art. 8 UWG zu qualifizieren sei (Rechtsbegehren Ziffer 2, Prot. S. 15). Diese Rechtsbegehren sind als Feststellungsklagen i.S.v. Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG zu qualifizieren.

2.2. Das Bundesgericht hat diese Feststellungsklage nach Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG als eigenständigen Anspruch qualifiziert, der die Voraussetzungen der allgemeinen zivilprozessualen Feststellungsklage nicht zu erfüllen braucht (BGer 4C.369/2004 vom 25. Januar 2005). Indes ist auch die Feststellungsklage gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG entsprechend den allgemeinen prozessrechtlichen Grundsätzen subsidiär gegenüber der Leistungs- und der Gestaltungsklage. Wird beispielsweise gleichzeitig auf Unterlassung geklagt, ist das Feststellungsinteresse im Allgemeinen zu verneinen (BGE 104 II 124). Es fehlt hier in der Regel an einem schutzwürdigen Interesse an der selbständigen Feststellung der Widerrechtlichkeit (BGE 90 II 51). Nur wenn der Kläger ein zusätzliches Interesse an der Feststellung darzulegen vermag, ist eine Feststellungsklage gutzuheissen (vgl. ZivGer BS P2002/2018 vom 16. September 2004; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH/FRICK, Art. 9 N 53).

2.3. Vorliegend verlangt der Kläger neben seinen Feststellungsbegehren gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1 und Ziffer 2 in seinem Rechtsbegehren Ziffer 3, die im Rechtsbegehren Ziffer 1 und Ziffer 2 genannten beklagischen AGB-Bestimmungen beseitigen und verbieten zu lassen. Damit stellt der Kläger zugleich ein Feststellungs- und ein gleichgerichtetes Unterlassungsbegehren. Der Kläger macht dabei nicht weiter geltend, inwiefern ein zusätzliches Feststellungsinteresse bestehen soll. Da ein solches gemäss den vorstehenden Ausführungen auch für eine Klage gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG vorausgesetzt wird, ist auf die Rechtsbegehren Ziffer 1 und Ziffer 2 mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten, womit sich diesbezügliche weitere Ausführungen erübrigen.

### 3. Rechtsbegehren Ziffer 3

Wie soeben ausgeführt, verlangt der Kläger gemäss seinem Rechtsbegehren Ziffer 3, die in Rechtsbegehren Ziffer 1 und Ziffer 2 genannten beklagischen AGB-Bestimmungen beseitigen und verbieten zu lassen. Dabei handelt es sich einerseits um eine Unterlassungsklage gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 10 Abs. 1 UWG und andererseits um eine Beseitigungsklage gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 10 Abs. 1 UWG.

#### 3.1. Unterlassungsklage im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 10 Abs. 1 UWG

3.1.1. Die Unterlassungsklage zielt darauf ab, eine drohende Verletzung zu verbieten. Damit soll auch verhindert werden, dass ein Schaden überhaupt eintritt, oder zumindest dessen Höhe in Grenzen gehalten werden. Eine Unterlassungsklage setzt daher eine Erstbegehungs- oder eine Wiederholungsgefahr voraus. Dies ist eine Frage des Rechtsschutzinteresses und damit der Zulässigkeit der Klage; fehlt es daran, so ist auf die Unterlassungsklage nicht einzutreten (DOMEJ, in: Heizmann/Loacker [Hrsg.], UWG Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2018 [zit. UWG Kommentar], Art. 9 N 10 f.). Wiederholungsgefahr ist dann unter anderem gegeben, wenn die klagende Partei den Nachweis erbringt, dass eine gleichartige Rechtsverletzung bereits begangen wurde. Bestreitet die beklagte Partei diesfalls die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens oder weigert sie

sich, es einzustellen, so wird die Wiederholungsgefahr vermutet. Der beklagten Partei steht allerdings der Gegenbeweis offen (UWG Kommentar-DOMEJ, Art. 9 N 13).

3.1.2. Aufgrund des Bestimmtheitsgrundsatzes (vgl. Art. 84 Abs. 1 ZPO) ist das Unterlassungsbegehren inhaltlich so zu fassen, dass es durch das Gericht ohne Weiteres zum Dispositiv erhoben werden kann. Dies setzt voraus, dass aus der Umschreibung des verbotenen Verhaltens für die Gegenpartei ebenso wie für die Vollstreckungs- oder Strafbehörde ohne weitere rechtliche Würdigung ersichtlich ist, ob ein bestimmtes Verhalten unter das Verbot fällt oder nicht. Es kann daher nicht etwa schlechthin ein Verbot unlauteren Verhaltens oder von Herabsetzungen bzw. negativen Bewertungen verlangt werden. Fehlt es an der erforderlichen Bestimmtheit des Begehrens, so hat das Gericht die klagende Partei zunächst in Ausübung der richterlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) zur Konkretisierung aufzufordern. Erst wenn dies erfolglos bleibt, ist auf die Klage nicht einzutreten. Ergibt allerdings schon die Auslegung des Begehrens im Licht der Begründung, was konkret die klagende Partei untersagen lassen möchte, so ist die Klage zulässig und das Unterlassungsgebot ist durch das Gericht entsprechend umzuformulieren. Ist das Begehren hinreichend bestimmt, aber schon auf der Basis des klägerischen Tatsachenvorbringens zu weit gefasst, so ist die Klage wegen Unschlüssigkeit (ggf. teilweise) abzuweisen (UWG Kommentar-DOMEJ, Art. 9 N 14).

3.1.3. Vorliegend brachte der Kläger anlässlich der Hauptverhandlung vor, dass die Beklagte sowohl die Bestimmung zum Ausschluss einer schriftlichen Kündigung durch den Kunden (aus Gründen der Übersichtlichkeit wird nachfolgend nur eine Form verwendet, welche gleichwohl beide Geschlechter umfassen soll) als auch die Bestimmung zur die Restlaufzeit eines Vertrags überschreitende Kündigungsgebühr in ihren aktuellen AGB angewendet habe und deren Anwendung auch weiterhin vorsehe, was zukünftig zu verbieten sei (vgl. Prot. S. 5 ff.). Der Bestand und die Anwendung der AGB wird von der Beklagten nicht bestritten. Es ist daher entsprechend den vorstehenden Erwägungen vermutungsweise davon auszugehen, dass eine Wiederholungsgefahr besteht, zumal die Beklagte die Rechtswidrigkeit

ihres Verhaltens bestreitet. Ein Rechtsschutzinteresse ist demnach insoweit gegeben.

3.1.4. Aus den klägerischen Vorbringen lässt sich zudem ableiten, dass der Kläger ein Verbot der beklagischen AGB-Bestimmungen Ziffer 16 und Ziffer 18 anbegehrt, womit auch dem Bestimmtheitsgrundsatz Genüge getan wird und das Gericht ein allfälliges Unterlassungsgebot bei Gutheissung der Klage entsprechend umzuformulieren hätte. Auf die Unterlassungsklage gemäss Rechtsbegehren Ziffer 3 ist daher einzutreten.

3.2. Beseitigungsklage im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 10 Abs. 1 UWG

3.2.1. Der Beseitigungsanspruch richtet sich auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Er setzt daher eine fortdauernde Störung in Form einer noch andauernden Rechtsverletzung voraus, weshalb es auf eine Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr hier nicht ankommen kann. Im Rechtsbegehren ist konkret zu umschreiben, wie die Beseitigung erfolgen soll, wobei dieses wiederum dem Bestimmtheitsgrundsatz zu genügen hat (UWG Kommentar-DOMEJ, Art. 9 N 19 f.).

3.2.2. Unbestrittenermassen kommen vorliegend die AGB der Beklagten fortwährend zur Anwendung, womit von einer fortdauernden Störung in Form einer gemäss dem Kläger noch andauernden Rechtsverletzung auszugehen ist. Aus der klägerischen Begründung des Begehrens sowie den Ausführungen des Klägers anlässlich der Hauptverhandlung lässt sich schliessen, dass der Kläger eine Beseitigung bzw. eine "Streichung" der beklagischen AGB-Bestimmungen Ziffer 16 und Ziffer 18 anbegehrt. Damit erscheint das Rechtsbegehren genügend klar bzw. wird dem Bestimmtheitsgrundsatz Genüge getan. Auf die Beseitigungsklage gemäss Rechtsbegehren Ziffer 3 ist daher einzutreten.

4. Rechtsbegehren Ziffer 4

4.1. Gemäss Rechtsbegehren Ziffer 4 verlangt der Kläger, dass sämtliches Handeln, das die Rechtsbegehren Ziffer 1 und 2 verletze, von der Beklagten zukünftig zu unterlassen sei. Diese Begehren ist als Unterlassungsklage im Sinne von Art. 9

Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 10 Abs. 1 UWG zu qualifizieren. Wie vorstehend ausgeführt, hat das Unterlassungsbegehren inhaltlich gemäss dem Bestimmtheitsgrundsatz so verfasst zu sein, dass es durch das Gericht ohne Weiteres zum Dispositiv erhoben werden kann. Es kann daher nicht etwa schlechthin ein Verbot unlauteren Verhaltens oder von Herabsetzungen bzw. negativen Bewertungen verlangt werden (UWG Kommentar-DOMEJ, Art. 9 N 14).

4.2. Aus den klägerischen Vorbringen folgt nicht weiter, was unter sämtlichem Handeln, das die Rechtsbegehren Ziffer 1 und 2 verletze, zu verstehen ist. Insbesondere wird auch unter Berücksichtigung der klägerischen Ausführungen nicht klar, was dieser unter der Bezeichnung "sämtliches Handeln" versteht, womit das Rechtsbegehren Ziffer 4 dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht genügt. Anlässlich der Hauptverhandlung führte der Kläger auf die Frage hin, was unter "sämtlichen Handlungen" in Rechtsbegehren Ziffer 4 zu verstehen sei, aus, dass die Beklagte die Einschränkung der Kündigungsformalitäten in Bezug auf die schriftliche Kündigung per Post streichen solle (Prot. S. 15). Damit ist nicht ersichtlich und es bleibt unklar, inwiefern sich das Rechtsbegehren Ziffer 4 vom Rechtsbegehren Ziffer 3 unterscheidet, weshalb auf Ersteres mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten ist.

## 5. Rechtsbegehren Ziffer 5

5.1. Mit dem Rechtsbegehren Ziffer 5 verlangt der Kläger, dass sämtliche Unterlagen, welche die Rechtsbegehren Ziffer 1 und Ziffer 2 verletzten, umgehend zu vernichten seien. Dabei handelt es sich ebenfalls um eine Beseitigungsklage im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 10 Abs. 1 UWG.

5.2. Dieses Rechtsbegehren erweist sich vorliegend ebenfalls auch unter Einbezug der klägerischen Ausführungen anlässlich der Hauptverhandlung als zu unbestimmt. Zwar führte der Kläger anlässlich der Hauptverhandlung aus, dass "sämtliche Unterlagen", auf welchen die entsprechenden AGB-Formulierungen enthalten seien, zu vernichten seien. So seien beispielsweise alle Unterlagen und Prospekte in den Shops zu vernichten sowie die Werbung der Beklagten in Form von Zei-

tungsinseraten, Onlinepublikationen und insbesondere deren Plakate zu überkleben. Damit umschreibt der Kläger jedoch zu wenig konkret, was "sämtliche Unterlagen" umfasst. Er unterlässt es, den genauen Kreis der effektiv zu vernichtenden Dokumente insbesondere auch hinsichtlich der genannten Beispiele konkret zu umschreiben. Demgemäss ist auf das Rechtsbegehren Ziffer 5 ebenfalls nicht einzutreten. Überdies würde sich dieses Rechtsbegehren auch nicht als verhältnismässig erweisen (vgl. UWG Kommentar-DOMEJ, Art. 9 N 20), da die AGB-Bestimmungen der Beklagten nicht nur die Ziffern 16 und 18 umfassen und sich beispielsweise ein Schwärzen der einzelnen Bestimmungen statt einer Gesamtvernichtung wohl als verhältnismässiger erweisen würde.

#### 6. Zwischenfazit

Auf die Rechtsbegehren Ziffer 1, Ziffer 2, Ziffer 4 sowie Ziffer 5 ist gemäss den vorstehenden Erwägungen nicht einzutreten, während auf das Rechtsbegehren Ziffer 3 einzutreten ist. Was das (akzessorische) Rechtsbegehren Ziffer 6 betreffend Urteilspublikation betrifft, erscheint dies ohne Weiteres als zulässig. Demzufolge sind nachfolgend nur noch die Rechtsbegehren Ziffer 3 und Ziffer 6 näher zu prüfen.

#### 7. Weitere Prozessvoraussetzungen

7.1. Die weiteren Prozessvoraussetzungen geben vorliegend zu keinen besonderen Bemerkungen Anlass. Die Einreichung der Klagebewilligung vom 28. Juli 2021 erfolgte innert der dreimonatigen Frist gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO (act. 1). Zudem ist das angerufene Gericht für die Beurteilung der vorliegenden Klage auch örtlich (vgl. Art. 31 ZPO) zuständig, was zwischen den Parteien auch nicht umstritten ist.

7.2. Was die sachliche Zuständigkeit des hiesigen Einzelgerichts betrifft, ist diese vom Streitwert der vorliegenden Klage abhängig. Gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO wird der Streitwert grundsätzlich durch das Rechtsbegehren bestimmt. Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben

offensichtlich unrichtig sind (Abs. 2). Bei der Streitwertfestlegung im Rahmen des UWG sind ebenfalls die Streitwertangaben der Parteien von entscheidender Bedeutung. Eine offensichtliche Unrichtigkeit ist vom Gericht daher nur mit Zurückhaltung anzunehmen (vgl. FREY, Michael. Grundsätze der Streitwertbestimmung. 2017, University of Zurich, Faculty of Law, S. 218).

Der Kläger beziffert den Streitwert seiner Klage vorliegend mit Fr. 480.– (act. 1). Die Beklagte erklärte sich mit diesem geschätzten Streitwert sinngemäss einverstanden (Prot. S. 27: "Für mich spielt das keine Rolle."). Damit haben sich die Parteien über den Streitwert geeinigt und es ist – da dieser nicht als offensichtlich unrichtig anzusehen ist – von einem solchen von Fr. 480.– auszugehen. Damit kommt das vereinfachte Verfahren zur Anwendung, womit das hiesige Einzelgericht auch sachlich zuständig ist (Art. 243 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 24 lit. a GOG ZH und Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO).

#### **IV. Übersicht Parteivorbringen**

##### **1. Vorbringen des Klägers**

1.1. Der Kläger führt zusammengefasst aus, dass die Beklagte Verträge mit Konsumenten abschliesse, wobei sie hierbei allgemeine Vertragsbestimmungen (AGB) verwende. In diesen schliesse die Beklagte eine schriftliche Vertragskündigung per Post aus. Da der Konsument dadurch nur noch per Telefon oder per B.\_\_\_\_-Chat kündigen könne, habe er keine rechtssichere und zumutbare Möglichkeit, die Vertragskündigung zu beweisen. Im Rahmen einer Rufnummernportierung seien schriftliche Kündigungen auf dem Postweg durch Mitbewerber der Beklagten jedoch weiterhin möglich. Weiterhin zulässig sei ebenfalls eine durch die Beklagte ausgesprochene postalische, schriftliche Kündigung, was das vorliegende Missverhältnis zwischen der Beklagten und Konsumenten noch deutlicher veranschauliche (act. 2, Prot. S. 18, S. 28).

1.2. Der B.\_\_\_\_-Chat sei selten verfügbar bzw. erhalte man keine Antwort (Prot. S. 5 f., S. 13 f.). Telefonisch warte man teilweise stundenlang in der Warteschleife der Beklagten oder komme erst gar nicht durch. Ein solcher Zeitaufwand stehe in

einem Missverhältnis zum Zeitaufwand, den man bei einer schriftlichen Vertragskündigung aufwenden müsse (Prot. S. 9 f., S. 13 f.). Nach einer per Telefonat ausgesprochenen Kündigung erhalte man überdies oftmals trotz entsprechender Aufforderung keine Kündigungsbestätigung. So sei es den Kunden praktisch unmöglich, eine ausgesprochene Vertragskündigung zu beweisen (Prot. S. 7 f, S. 5 ff, S. 13 ff., S. 17). Daneben stelle sich ferner das Problem, dass für Personen mit Einschränkungen diese Kündigungsmodalitäten schwierig seien, sich gewisse Personen womöglich auch (sprachlich) nicht unmissverständlich ausdrücken könnten sowie Kunden im Rahmen des Telefonats in ein Gespräch verwickelt würden, um sie von der Kündigung abzuhalten (Prot. S. 10 ff., S. 16-17). Schliesslich sei das Argument der Beklagten, dass man auf diese Kündigungsmodalität umgestiegen sei, weil es monatlich in 250 Fällen zu einer nicht korrekten Verarbeitung der schriftlichen Vertragskündigung gekommen sei, im Vergleich zu den jährlich ca. 497'143 ausgesprochenen Kündigungen nur vorgeschoben und tatsächlich würden wirtschaftliche Interessen der Beklagten dahinterstehen (Prot. S. 5, S. 13 f., S. 16).

1.3. Was eine vorzeitige Kündigung betreffe, berechne die Beklagte gemäss Ziffer 18 ihrer AGB die gesamte Restlaufzeit des betreffenden Abonnements sowie eine zusätzliche Gebühr von Fr. 100.–. Es sei für den Kunden bei einer Kündigung nicht zu erwarten, dass zusätzlich eine Zusatzleistung erforderlich werde. Damit verhindere die Beklagte, dass der Vertrag frühzeitig gekündigt werde und schüchtere die Konsumenten ein (act. 2, Prot. S. 18).

## 2. Vorbringen der Beklagten

2.1. Was die Kündigungsmodalitäten gemäss Ziff. 16 ihrer AGB betrifft, habe die Beklagte diese am 28. Mai 2018 dahingehend geändert, als dass alle beklagischen Mobil-, Internet-, Festnetz- und TV-Abonnemente ausschliesslich telefonisch über eine kostenlose Hotline oder alternativ per B.\_\_\_\_\_-Chat gekündigt werden müssten. Schriftliche Kündigung seien nicht mehr gültig. Von diesem Erfordernis ausgenommen sei einerseits die weiterhin zulässige schriftliche Kündigung mit Rufnummernportierung durch einen neuen Anbieter im Rahmen der gemeinsamen Portie-

rungsvereinbarung ("F.\_\_\_\_\_") sowie die Kündigung sogenannter Optionen zu Mobile-, Internet und TV-Abonnements, die weiterhin über das Online-Kundenkonto "G.\_\_\_\_\_ [von B.\_\_\_\_\_]" laufen könne (act. 7 S. 1-2).

2.2. Da alle ihre Kunden zwangsläufig über einen Telefon- oder Internetanschluss verfügen würden, stellten diese neuen Kündigungsformalitäten keine praktischen Schwierigkeiten dar. Das Service Center der Beklagten sei mit genügender Kapazität ausgestattet, so das 90 % der Anrufe innerhalb von 30 Sekunden entgegengenommen und so sämtliche Kündigungen in Echtzeit abgewickelt werden könnten. Der B.\_\_\_\_\_ -Chat übermittle die Kündigungen in Echtzeit an die interne Kündigungsabteilung (act. 7 S. 1-2). Nach der Kündigung erhalte der Kunde am nächsten Tag eine Kündigungsbestätigung per SMS (act. 7 S. 4, Prot. S. 20). Gleichzeitig werde in Echtzeit im Online-Kundenkonto "G.\_\_\_\_\_" die betroffene Dienstleistung als gekündigt markiert. Auf Wunsch des Kunden schicke die Beklagte innerhalb von 24 bzw. 48 Stunden auch eine Kündigungsbestätigung per E-Mail oder Briefpost. Im Live-Chat habe der Kunde die Option sich den Chatverlauf per E-Mail direkt ab der Website zuschicken zu lassen (act. 7 S. 4).

2.3. Das Hauptmotiv für die Einführung dieser Kündigungsmodalitäten sei die steigende Anzahl an konvergenten Produkten. Aufgrund der teilweise komplexen Verknüpfungen von Abonnements gelte es hinsichtlich des Kündigungsprozesses mehr zu beachten als bei Einzelprodukten. Mit einem Mobil- oder Internetanschluss könnten grundsätzlich eine unbeschränkte Anzahl von sogenannten Sub-Abonnements (Ratenzahlungsverträge, Haussicherheitstechnik oder andere internetbasierte Dienstleistungen von Drittanbietern) verknüpft werden, wobei bei solchen Koppelungen teilweise Kombinationsrabatte gewährt würden. Die Kündigung eines Abonnements könne daher direkt oder indirekt Auswirkungen auf den Bestand von anderen Abonnements, Anschlüssen, Rabatten oder Ratenzahlungsverträgen haben. Hierbei seien Kunden teilweise nicht genügend über solche Abhängigkeitsverhältnisse informiert (act. 7 S. 2). Vor der Einführung der neuen Kündigungsbestimmungen hätten sich bei über 250 Fällen pro Monat grosse Schwierigkeiten ergeben, die zu Kündigungsspannen zum Nachteil von Kunden geführt hätten. Bei un-

vollständigen, unspezifizierten oder fehlerhaften Kündigungen habe man nur in Einzelfällen Rücksprache mit den Kunden aufgenommen. Dies habe jedoch einen grossen Aufwand verursacht und auch nicht immer funktioniert (act. 7 S. 3-4).

2.4. Die neuen Kündigungsmodalitäten hätten zudem auch den Vorteil für die Kunden, dass der Kündigungsprozess beschleunigt werde, diese kein Risiko tragen, die Kündigungsfrist zu verpassen, und direkt ein Feedback erhalten würden. Die Kündigung werde vereinfacht und bewirke Kosteneinsparungen. Schliesslich sei es in gesättigten Märkten wie der ...-Branche für ein Unternehmen gewinnbringender, die Beziehung zu den bestehenden Kunden zu erhalten, als Neukunden zu akquirieren, womit den Kunden am Telefon teilweise direkt ein "Retentions"-Angebot gemacht würde (act. 7 S. 4). Eine schriftliche Kündigung sei heutzutage zudem nicht mehr zeitgemäss sowie fehleranfällig. Aus Kostengründen sei es ausserdem nicht möglich, gleichzeitig die Möglichkeit einer schriftlichen wie auch einer Kündigungen per Telefon oder Live-Chat anzubieten (act. 7 S. 5).

2.5. Was die vom Kläger monierten Kündigungsgebühren gemäss Ziff. 18 der AGB betreffe, habe der Kunde bei einer Kündigung vor Ablauf der Mindestvertragsdauer die monatlich wiederkehrenden Grundgebühren bis zum Ende der Mindestvertragsdauer in deren Summe zu bezahlen. Dieser Ausgleich des positiven Vertragsinteresses sei branchenüblich und werde von allen ...-anbietern gleichermaßen angewendet. Davon abzugrenzen sei die Möglichkeit, eine Gebühr in der Höhe von Fr. 100.– zu bezahlen, um die 60-tägige Kündigungsfrist nicht abwarten zu müssen. Dies sei allerdings nur nach Ablauf der Mindestvertragsdauer möglich und es handle sich dabei nicht um eine Straf- oder Schadenersatzgebühr, sondern um ein Angebot, welches der Kunde annehmen oder ablehnen könne (act. 7 S. 7-8, Prot. S. 19).

## **V. Rechtliche Grundlagen**

Gemäss Art. 8 UWG handelt insbesondere unlauter, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen

Pflichten vorsehen. Art. 8 UWG ist dabei nicht auf eine Individualkontrolle in einem konkreten Vertragsverhältnis ausgerichtet, sondern auf die Beurteilung der Verwendung der AGB als solche im Sinne einer generell abstrakten Normenkontrolle. Da Art. 8 UWG die Verwendung missbräuchlicher AGB als solche als unlauter und widerrechtlich qualifiziert und als primäre Rechtsfolge die Unterlassung ihrer Verwendung als solche – und nicht nur für ein konkretes Vertragsverhältnis – vorsieht (Art. 9 Abs. 1 lit. a und lit. b UWG), können auch nur die AGB selbst Gegenstand der Prüfung sein. Die Beurteilung von AGB nach Art. 8 UWG ist damit stets abstrakter Natur. Ausserhalb der AGB liegende Vereinbarungen oder Umstände werden damit von Art. 8 UWG nicht erfasst (THOUVENIN, Jusletter 2012, S. 3; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 72 ff.).

Die Inhaltskontrolle von Art. 8 UWG erfasst nur AGB, die Bestandteil von Verträgen mit Konsumentinnen oder Konsumenten sind. Der Begriff des Konsumenten wird im UWG allerdings nicht definiert. Massgebend ist der Zweck, zu welchem eine Person Verträge abschliesst. Konsument im Sinne von Art. 8 UWG ist nur, wer Verträge zu einem Zweck abschliesst, der nicht seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, wobei der Vertrag nicht zwingend den üblichen Verbrauch des Konsumenten betreffen muss (vgl. BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 81 ff. m.w.V.).

Ausgangspunkt einer Inhaltskontrolle gemäss Art. 8 UWG ist stets das Gebot von Treu und Glauben. Da der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt, vermag ein erhebliches Missverhältnis vertraglicher Rechte und Pflichten zulasten einer Vertragspartei für sich allein die Unzulässigkeit einer in AGB enthaltenen Abrede nicht zu begründen. Es muss vielmehr ein qualifizierendes Merkmal hinzukommen (vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 11. Juni 2008, S. 18). Nach Massgabe von Art. 8 UWG unzulässig sind AGB deshalb nur, wenn das zum Nachteil der Konsumenten vorgesehene, erhebliche und ungerechtfertigte Missverhältnis vertraglicher Rechte und Pflichten zugleich einen Verstoss gegen Treu und Glauben nach Massgabe von Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellt (BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 100 ff. m.w.V.). Der AGB-Verwender muss daher entsprechend dem Vertrauensprinzip und dem Gebot

der gegenseitigen Rücksichtnahme in seinen AGB den berechtigten Interessen der Konsumenten Rechnung tragen und darf seine faktische Gestaltungsmacht nicht dazu missbrauchen, mit den AGB ausschliesslich die eigenen Interessen zu verfolgen. Demgemäss ist bei der Bewertung von AGB nach dem Massstab von Treu und Glauben eine umfassende Abwägung sämtlicher schutzwürdiger Interessen des AGB-Verwenders und der Konsumenten vorzunehmen (Botschaft 2009, 6179). Eine gewisse Bevorzugung der eigenen Position ist dabei zulässig. Gegen Treu und Glauben verstösst der AGB-Verwender aber, wenn er seine Gestaltungsmacht missbraucht, um in AGB ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten zum Nachteil der Konsumenten zu schaffen (BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 108 m.w.V.).

## **VI. Beurteilung**

### **1. Vorbemerkung**

1.1. Gemäss den klägerischen Rechtsbegehren sowie deren Begründung ist davon auszugehen, dass der Kläger eine abstrakte Normenkontrolle von AGB-Bestimmungen der Beklagten und insbesondere deren Beseitigung bzw. ein zukünftiges Unterlassen von deren Verwendung im Sinne von Art. 9 UWG verlangt. In seiner Begründung bringt der Kläger im Zusammenhang mit der von ihm beanstandeten Ziffer 16 der AGB zwar auch vor, die Beklagte verwende AGB, welche die Ungegewöhnlichkeitsregel verletzen würden. Solches wäre nur Gegenstand einer individuell-konkreten Normenkontrolle, die – wie vorstehend ausgeführt – im Rahmen von Art. 8 UWG ausgeschlossen ist. Da sich der Kläger abgesehen hiervon lediglich noch im Rahmen seiner Ausführungen zum Streitwert zu einem konkreten Vertragsverhältnis zur Beklagten äussert, ist indes davon auszugehen, dass der Kläger vorliegend einzig eine abstrakte Normenkontrolle im Sinne von Art. 8 UWG anbegehrt.

1.2. Die vom Kläger beantragte Prüfung von AGB-Bestimmungen der Beklagten sind unbestrittenermassen Bestandteil von Verträgen der Beklagten mit Konsumenten im Sinne der vorstehenden Ausführungen, womit sie insoweit in den Anwendungsbereich von Art. 8 UWG fallen. Da der Kläger vorliegend sowohl Ziffer 16

als auch Ziffer 18 der AGB moniert, erscheint es sachgerecht, die beiden Bestimmungen nachfolgend separat zu prüfen.

## 2. AGB-Ziffer 16 (Kündigungsformalitäten)

2.1. Zwischen den Parteien unbestritten ist hinsichtlich der Kündigungsformalitäten, dass die Beklagte Ziffer 16 ihrer AGB-Bestimmungen dahingehend geändert hat, dass deren Kunden alle Abonnemente nur noch telefonisch oder per B.\_\_\_\_\_-Chat kündigen können und eine schriftliche, postalische Kündigung nicht mehr zulässig ist. Ebenfalls unbestritten ist, dass von dieser Regel Kündigungen mit Rufnummernportierung ausgenommen sind. Was das klägerische Vorbringen betrifft, wonach der B.\_\_\_\_\_-Chat selten verfügbar sei bzw. man als Kunde oftmals keine Antwort von der Beklagten erhalte, blieb dieses von der Beklagten unbestritten. Zwar brachte die Beklagte vor, dass der B.\_\_\_\_\_-Chat die Kündigungen in Echtzeit an die interne Kündigungsabteilung übermittle (act. 7 S. 1-2). Diese beklagte Vorbringen bleibt indes angesichts der ausführlichen Vorbringen des Klägers mit diversen Beispielen und eigens gemachte Erfahrungen mit dem B.\_\_\_\_\_-Chat (Prot. S. 5 f., S. 10, S. 13 f.) zu pauschal bzw. zu wenig substantiiert, womit die diesbezüglichen Vorbringen der Beklagten unsubstantiiert bleiben bzw. die Beklagte ihrer Bestreitungspflicht nicht rechtsgenügend nachkommt. Gleiches gelten muss auch in Bezug auf die klägerischen Vorbringen, wonach bei der Beklagten am Telefon lange Wartezeiten bestünden bzw. man teilweise niemanden erreiche (Prot. S. 6 ff., S. 9, S. 13). Auch hier bringt die Beklagte pauschal vor, dass 90 % der Anrufe innerhalb von 20 Sekunden durch die Beklagte entgegengenommen werden könnten (act. 7 S. 1-2), ohne weiter auf die klägerischen Vorbringen einzugehen.

2.2. Entsprechend den klägerischen Vorbringen ist nachfolgend zu prüfen, inwieweit Ziffer 16 der AGB mit der Regelung von Art. 8 UWG vereinbar ist. Es ist demnach zu prüfen, ob aufgrund von Ziffer 16 der AGB ein Missverhältnis von Rechten und Pflichten besteht (Ziffer 2.2.1.), ob dies einen Nachteil für die Konsumenten bewirkt (Ziffer 2.2.2) und ob es sich dabei um ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis handelt (Ziffer 2.2.3.).

### 2.2.1. Missverhältnis vertraglicher Rechte und Pflichten

Das Bestehen eines Missverhältnisses setzt einerseits eine ungleiche Verteilung von Rechten und Pflichten voraus. Andererseits muss diese Ungleichheit nach Treu und Glauben ein Missverhältnis darstellen. Zur Prüfung, ob ein Missverhältnis vertraglicher Rechte und Pflichten vorliegt, ist in einem ersten Schritt durch Vergleich der in den AGB vorgesehenen Rechte und Pflichten zu prüfen, ob (a) ein Ungleichgewicht vorliegt. Besteht ein solches, muss in einem zweiten Schritt (b) bestimmt werden, ob die AGB eine Kompensation vorsehen, ob also das bezüglich bestimmter Rechte und Pflichten bestehende Ungleichgewicht durch die umgekehrte Verteilung anderweitiger Rechte und Pflichten ausgeglichen wird. Ist dies nicht der Fall, muss in einem dritten und letzten Schritt (c) in einer wertenden Betrachtung nach dem Massstab von Treu und Glauben bestimmt werden, ob das Ungleichgewicht von Rechten und Pflichten als Missverhältnis zu qualifizieren ist. Da diese Qualifikation nicht sinnvoll von der Frage getrennt werden kann, ob das Missverhältnis auch erheblich und ungerechtfertigt ist, muss der dritte Schritt der Prüfung in einem Zug mit der Beurteilung dieses Tatbestandsmerkmals erfolgen (BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 115 f.).

#### a) Ungleichgewicht

Zu vergleichen sind nur Rechte und Pflichten, die miteinander korrespondieren bzw. in einem inhaltlichen Zusammenhang stehen. Der Begriff der Rechte und Pflichten ist weit im Sinne rechtlicher Vor- und Nachteile zu verstehen. Ein Ungleichgewicht liegt dann vor, wenn einer Partei zu Lasten der anderen ein Vorteil eingeräumt wird. Offensichtlich ist das Ungleichgewicht, wenn korrespondierende Rechte und Pflichten der Parteien einen unterschiedlichen Inhalt aufweisen. Dasselbe gilt, wenn nur eine Partei ein bestimmtes Recht hat oder eine bestimmte Pflicht trifft. Beispiele für ein derartiges formelles Ungleichgewicht sind einseitig eingeräumte Rücktrittsrechte, an unterschiedliche Bedingungen geknüpfte Kündigungsrechte, nur eine Partei betreffende Formvorschriften, der Ausschluss der Haftung einer Partei oder unterschiedlich lange Kündigungsfristen (BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 117 ff.).

Gemäss dem Kläger bestehe vorliegend insoweit ein Ungleichgewicht von Rechten und Pflichten, als dass Konsumenten gemäss Ziffer 16 der AGB verpflichtet seien, Dienstleistungen bzw. Abonnemente telefonisch oder per B.\_\_\_\_-Chat zu kündigen und eine Kündigung per Brief oder E-Mail nicht gültig bzw. ausgeschlossen sei, während es der Beklagten gemäss Ziffer 17 ihrer AGB (weiterhin) möglich sei, ihren Kunden bzw. den Konsumenten auf schriftlichem Weg zu kündigen (Prot. S. 18, S. 28). Dieses Vorbringen ist mit den im Recht liegenden AGB grundsätzlich belegt. Daran ändern auch nicht die beklagischen Vorbringen, wonach auch die Beklagte an die mündliche Kündigung gebunden sei (Prot. S. 27). Richtig ist zwar, dass Ziffer 17 der AGB eine schriftliche Kündigung nicht ausschliesst. Zu berücksichtigen ist indes, dass Ziffer 17 der AGB nur Kündigungen aus wichtigem Grund betrifft, die gemäss Wortlaut nur von der Beklagten ausgesprochen werden dürfen, während Ziffer 16 der AGB ordentliche Kündigungen erfasst. Es handelt sich damit um verschiedene Arten von Kündigungen. Hinzu kommt, dass die Beklagte kaum je ein Interesse an einer von ihr ausgesprochenen ordentlichen Kündigung haben dürfte und eine solche – wie vom Kläger zutreffend vorgebracht – für die Beklagte per B.\_\_\_\_-Chat praktisch auch gar nicht durchführbar wäre. Die Beklagte brachte denn auch gar nicht vor, dass sie in der Praxis den Kunden tatsächlich nur telefonisch oder über Chat kündige. Damit betrifft im Ergebnis Ziffer 16 Abs. 1 und Abs. 2 der AGB einzig die Kunden der Beklagten bzw. die Konsumenten. Da die Konsumenten somit lediglich per Chat respektive auf telefonischem Weg, die Beklagte hingegen schlussendlich jederzeit auch auf schriftlichem Weg kündigen kann, besteht im Ergebnis eine Formvorschrift zulasten der Konsumenten. Damit ist gemäss den vorstehenden Ausführungen von einem offensichtlichen Ungleichgewicht zwischen den in den beklagischen AGB vorgesehenen Rechten und Pflichten zulasten der Kunden auszugehen. Daran ändert auch nicht, dass eine ordentliche Kündigung und eine Kündigung aus wichtigem Grund nur im Grundsatz vergleichbar sind.

b) Kompensation

Das zulasten einer Partei bestehende Ungleichgewicht bestimmter Rechte und Pflichten kann durch ein zu ihren Gunsten bestehendes Ungleichgewicht zwischen anderen Rechten und Pflichten kompensiert werden. Liegt eine Kompensation vor, entfällt das Ungleichgewicht und ein Missverhältnis von Rechten und Pflichten ist ausgeschlossen (vgl. hierzu BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 120 mit weiteren Ausführungen).

Aus den AGB der Beklagten folgen keine Rechte und Pflichten zu Gunsten der Konsumenten, die das Ungleichgewicht kompensieren würden. Die Beklagte bringt solches auch nicht vor. Demgemäss ist von einem Missverhältnis vertraglicher Rechte und Pflichten hinsichtlich der Kündigungsmodalitäten in Ziffer 16 der beklagten AGB auszugehen.

2.2.2. Nachteil der Konsumenten

2.2.2.1. Das Missverhältnis vertraglicher Rechte und Pflichten muss – wie erwähnt – zum Nachteil der Konsumenten bestehen. Ein Nachteil liegt vor, wenn die AGB insgesamt zu einer Schlechterstellung der Konsumenten gegenüber den AGB-Verwendern führen. Das Bestehen eines Nachteils ergibt sich damit unmittelbar aus der Prüfung des Ungleichgewichts und einer allfälligen Kompensation. Werden die Rechte und Pflichten in den AGB zu Ungunsten des Konsumenten ungleich verteilt und wird dieses Ungleichgewicht nicht kompensiert, ist der Nachteil erstellt. Ein konkreter Nachteil muss dabei nicht nachgewiesen werden; vielmehr genügt es, dass die Verteilung der Rechte und Pflichten in den AGB geeignet ist, die Stellung der Konsumenten zu verschlechtern (BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 124 m.w.V.).

2.2.2.2. Aufgrund des Vorliegens eines Ungleichgewichts zuungunsten der Konsumenten in den AGB der Beklagten sowie fehlender Kompensation ist vom Vorliegen eines Nachteils zulasten der Konsumenten auszugehen.

### 2.2.3. Erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis

2.2.3.1. Steht fest, dass die AGB zum Nachteil der Konsumenten ein Ungleichgewicht zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten begründen, bleibt zu prüfen, ob dieses Ungleichgewicht nach Massgabe von Treu und Glauben als erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zu qualifizieren ist. Ob ein Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten vorliegt, ist durch Vergleich des in den AGB konkret vorgesehenen Ungleichgewichts mit der Verteilung von Rechten und Pflichten in einem Referenzsystem zu beurteilen. Für die Bestimmung des massgeblichen Referenzsystems ist zwischen Nominat- und Innominatkontrakten zu unterscheiden. Die Normen des Obligationenrechts bieten grundsätzlich Gewähr für eine angemessene und gleichwertige Verteilung von Rechten und Pflichten. Bei Nominatkontrakten bildet deshalb die gesetzliche Regelung das massgebliche Referenzsystem. Dieses besteht aus denjenigen Bestimmungen, die unmittelbar oder sinngemäss auf den Vertrag anzuwenden wären, wenn keine AGB bestehen würden. Hierzu gehören sowohl zwingende als auch dispositive Normen (vgl. auch Botschaft 1983, 1073), die Regeln des besonderen ebenso wie diejenigen des allgemeinen Teils des Obligationenrechts. Teil dieser Ordnung bilden auch die Beweislastregeln und die Verkehrsübung, wenn das Gesetz auf diese verweist. Hinzu kommen die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten, allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze (BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 126 ff. m.w.V.; vgl. auch Botschaft 1983, 1073). Bei Innominatkontrakten ist zu differenzieren: Besteht eine sinngemäss anwendbare gesetzliche Regelung, wie in aller Regel bei zusammengesetzten und meist auch bei gemischten Verträgen, bildet die Gesamtheit der entsprechenden Regelungen das massgebliche Referenzsystem. Besteht, wie bei Innominatkontrakten eigener Art (*sui generis*), keine solche Regelung, bildet die für diesen Vertrag charakteristische Verteilung von Rechten und Pflichten das massgebliche Referenzsystem. Auf die tatsächliche Verteilung der Rechte und Pflichten kann dabei aber nur abgestellt werden, wenn diese nicht Ausdruck einer typischerweise ungleichen Verhandlungsmacht ist. Trifft Letzteres zu, hat das Gericht *modo legislatoris* zu prüfen, wie der Gesetzgeber die Rechte und Pflichten bei einer Normierung dieses Vertrags verteilt hätte (BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 128 m.w.V.).

Wie erwähnt, muss das Missverhältnis erheblich sein, weshalb die vom Referenzsystem abweichende, ungleichgewichtige Verteilung der Rechte und Pflichten ein bestimmtes Mass erreichen muss, das mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht mehr vereinbar ist. Massgeblich ist hierbei vor allem, welche Bedeutung, den betreffenden Rechten und Pflichten zukommt. Sind diese zentral, vermag bereits ein vergleichsweise geringer Grad an Abweichung die Erheblichkeit zu begründen, während bei unbedeutenden Rechten und Pflichten nur ein relativ hoher Grad an Abweichung genügen wird (BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 129 ff. m.w.V.). Nach dem Wortlaut von Art. 8 UWG muss das Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten nicht nur erheblich, sondern auch ungerechtfertigt sein, wobei ein Missverhältnis jedoch grundsätzlich immer ungerechtfertigt ist, ausser es sei durch sachliche Gründe zu rechtfertigen (BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 132 m.w.V.).

Da die einzelnen Merkmale – nämlich Missverhältnis, Erheblichkeit und fehlende Rechtfertigung – inhaltlich derart eng miteinander verknüpft sind, hat letztlich immer eine Gesamtbetrachtung zu erfolgen (BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 125). In der Gesamtbetrachtung ist nach dem Massstab von Treu und Glauben zu bestimmen, ob das Ungleichgewicht der vertraglichen Rechte und Pflichten als erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zu qualifizieren ist. Es ist unter Berücksichtigung sämtlicher schutzwürdiger Interessen des AGB-Verwenders und der Konsumenten zu prüfen, ob der AGB-Verwender seine Gestaltungsmacht in treuwidriger Weise missbraucht hat, um in den AGB ein erhebliches und nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigtes Ungleichgewicht der vertraglichen Rechte und Pflichten zu begründen. Missbräuchliche Geschäftsbedingungen liegen nach Massgabe der aus dem Rechtsmissbrauchsverbot abgeleiteten Fallgruppen namentlich dann vor, wenn (i) ein hinreichend schutzwürdiges Interesse des AGB-Verwenders an der in den AGB vorgesehenen, ungleichgewichtigen und vom Referenzsystem abweichenden Verteilung der Rechte und Pflichten fehlt, (ii) das Interesse der Konsumenten an einer gleichgewichtigen und dem Referenzsystem entsprechenden Verteilung der Rechte und Pflichten gegenüber dem Interesse des AGB-Verwenders an der in den AGB vorgesehenen Verteilung der Rechte und Pflichten in ein-

deutiger und erheblicher Weise überwiegt, (iii) die in den AGB vorgesehene, ungleichgewichtige Verteilung der Rechte und Pflichten Sinn und Zweck des Vertrags widerspricht oder (iv) die ungleichgewichtige Verteilung der Rechte und Pflichten als zweckwidrig erscheint (vgl. BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 133).

2.2.3.2. Vorliegend bietet die Beklagte unbestrittenermassen verschiedene Dienstleistungen im ...bereich an. Bei den entsprechenden Verträgen handelt es sich jeweils um Innominatkontrakte. So ist etwa ein Telefonabonnementsvertrag ein als Dauerschuldverhältnis ausgestalteter Vertrag sui generis oder als gemischt-typischer Vertrag mit miet- und werkvertraglichen Elementen zu qualifizieren (vgl. hierzu m.w.H. FERCSIK SCHNYDER, Internet-Access-Providing-Verträge mit geschäftlichen und privaten Endkunden, Publikationen aus dem Zentrum für Informations- und Kommunikationsrecht der Universität Zürich, Band 52, S. 155.). Auch die Rechtsprechung betrachtet den Telefonabonnementsvertrag als Innominatvertrag, auf den bestimmte Regeln des Werk- oder des Mietvertrags analog angewendet werden können (vgl. BGE 129 III 608 E. 2.2). Entsprechend könnte vorliegend als Referenzsystem von einer Gesamtheit der jeweils passenden gesetzlichen Regelungen oder aber ausgehend von einem Vertrag sui generis von den für diesen Vertrag charakteristischen Verteilung von Rechten und Pflichten ausgegangen werden. Es kann indes vorliegend letztlich offen bleiben, welches dieser Referenzsysteme besser passt, da die vorliegend zu prüfenden Kündigungsmodalitäten zuungunsten des Konsumenten und die damit einhergehende einseitige Verteilung von Rechten und Pflichten mit keinem den entsprechenden Referenzsystemen vereinbar erscheint. Die gesetzliche Ordnung stellt die Empfänger von Leistungen, die dieses durch eine Zahlung entlönnen, in Bezug auf die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen grundsätzlich nicht schlechter als die Anbieter ebendieser Leistungen, zumal gerade in solchen Dauerschuldverhältnissen regelmässig die gesetzgeberische Absicht erkennbar ist, Konsumenten vor Übervorteilung zu schützen. Sofern von einem Vertrag sui generis ausgegangen würde, ist davon auszugehen, dass gleich starke Verhandlungspartner nicht faktisch ungleiche Kündigungsmodalitäten vereinbaren würden, weil dadurch eine der beiden Parteien den Vertrag unter einfacheren Bedingungen beenden kann. Daher ist vorliegend

jedenfalls von einem Ungleichgewicht zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten zum Nachteil der Konsumenten und damit von einem Missverhältnis auszugehen.

Zu prüfen ist damit weiter, ob dieses Missverhältnis erheblich und ungerechtfertigt bzw. mit dem Grundsatz von Treu und Glaube nicht mehr vereinbar ist. Festzuhalten ist zunächst, dass Kündigungsmodalitäten nicht einen blossen Nebenaspekt des Vertrags betreffen, sondern diese den Gesamtbestand des Vertrags betreffen und es sich daher um einen Kernpunkt der Vertragsbeziehung zwischen den Parteien handelt. Entsprechend muss bereits ein vergleichsweise geringerer Grad an Abweichung zum Referenzsystem genügen, um eine Erheblichkeit zu begründen, weshalb grundsätzlich von einem erheblichen Missverhältnis auszugehen ist. Hierfür sprechen auch die unbestritten gebliebenen klägerischen Vorbringen, wonach der B.\_\_\_\_-Chat oftmals nicht verfügbar sei und telefonisch häufig lange Wartezeiten bestünden. Damit wird die ohnehin schon durch die einseitige Formvorschrift eingeschränkte Möglichkeit zur Kündigung weiter beschränkt, womit sich das Missverhältnis weiter konkretisiert bzw. dieses umso erheblicher erscheinen lässt.

Für die Erheblichkeit des Missverhältnisses sprechen würde sodann – wie vom Kläger auch vorgebracht – der Umstand, dass eine telefonische oder eine über den B.\_\_\_\_-Chat vorgenommene Kündigung des Konsumenten für diesen nur schwer nachzuweisen ist. Vom Kläger unbestritten geblieben ist in diesem Zusammenhang das beklagte Vorbringen, wonach die Kunden die Möglichkeit hätten, nach der Kündigung von der Beklagten jeweils eine Kündigungsbestätigung per E-Mail oder schriftlichem Postversand zu verlangen, weshalb hierauf abzustellen ist. Bereits dieser Umstand relativiert das Missverhältnis bis zu einem gewissen Grad. Daran ändert auch nicht das weitere Vorbringen des Klägers, wonach die Kunden der Beklagten trotz (mehrfacher) Aufforderung oftmals keine Kündigungsbestätigung erhalten würden (Prot. S. 7, S. 13, S. 17). Dieses Vorbringen wird von der Beklagten bestritten, indem gemäss dieser die Kunden nach einer telefonischen Kündigung oder einer Kündigung per B.\_\_\_\_-Chat jeweils am nächsten Tag eine

Kündigungsbestätigung per SMS erhalten würden (vgl. Prot. S. 20 f.). Es wäre damit am beweispflichtigen Kläger gewesen, seine diesbezüglichen Vorbringen weiter zu substantiieren. Die vom Kläger im Rahmen seines Parteivortrags vorgelesenen Internetbewertungen betreffend die Beklagte reichen hierzu nicht aus, zumal er dabei nicht weiter konkretisiert, was hiermit überhaupt nachgewiesen werden soll. Damit kommt der Kläger diesbezüglich seiner Substantiierungspflicht nicht rechtsgenügend nach, weshalb davon auszugehen ist, dass die Beklagte dem Kunden jeweils nach der Kündigung am nächsten Tag eine Bestätigungs-SMS zukommen lässt, was diesem den Nachweis der Kündigung ermöglicht.

Gemäss der Beklagten würden viele Abonnemente verschiedene Dienstleistungen kombinieren und zudem würden zahlreiche Kunden auch verschiedene Abonnemente kombinieren, wobei diese zusammenhängend seien. Diese Vorbringen blieben vom Kläger unbestritten. Es erscheint nachvollziehbar, dass – wie von der Beklagten vorgebracht – solche zusammenhängenden Abonnemente und Dienstleistungen eine gewisse Komplexität aufweisen. Wie von der Beklagten vorgebracht, erscheint eine Kündigung von Dienstleistungen im Rahmen eines aktiv austauschenden Kontakts mit der Beklagten insoweit einfacher und weniger fehleranfällig für die Kunden, indem dort Fragen direkt geklärt und für die Kunden individuell Lösungen gesucht werden können. Dies spricht gegen die Erheblichkeit des Missverhältnisses, auch wenn sich dadurch eingestandenermassen auch die Prozesse für die Beklagte vereinfachen. Dass die Beklagte – wie vom Kläger vorgebracht und von der Beklagten bestritten – mit der Änderung der Kündigungsmodalitäten alleine wirtschaftliche Gründe verfolgt, kann damit nicht erstellt werden, zumal die diesbezüglichen von der Beklagten bestrittenen klägerischen Vorbringen unsubstantiiert blieben (vgl. Prot. S. 5, S. 13 f., S. 16).

Festzuhalten ist schliesslich, dass es in der schnelllebigen, digitalisierten und immer komplexeren Branche, in der die Beklagte tätig ist, durchaus naheliegend ist, die Kündigungsmodalitäten auf die digitalen und auf die vielschichtigen Bedürfnisse anzupassen. Wie von der Beklagten vorgebracht, verfügen ihre Kunden zwangsläufig über einen Telefon- und/oder Internetanschluss, womit diese jedenfalls über entsprechende Infrastruktur für eine Kündigung per Telefon oder

B. \_\_\_\_\_-Chat verfügen. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände und insbesondere dem Umstand, dass jeweils eine Kündigungsbestätigung per SMS bzw. per E-Mail oder Post von der Beklagten an den Kunden ergeht, missbraucht die Beklagte durch die Verwendung von Ziffer 16 ihrer ABG-Bestimmung ihr faktisches Gestaltungsrecht zu wenig stark, um ausschliesslich ihre eigenen Interessen zu verfolgen, sodass von einem erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnis und damit von einem Verstoss gegen Art. 8 UWG auszugehen wäre. Die Klage ist damit hinsichtlich des Rechtsbegehrens Ziffer 3 in Bezug auf die Missbräuchlichkeit der Kündigungsmodalitäten abzuweisen.

### 3. AGB-Ziffer 18 (Kostenfolgen einer frühzeitigen Kündigung)

3.1. Einzugehen ist weiter auf die vom Kläger monierte Regelung in Ziffer 18 der beklagischen AGB. Gemäss dem Kläger verrechne die Beklagte für eine vorzeitige Kündigung die gesamte Restlaufzeit sowie zusätzlich eine Gebühr von Fr. 100.–, womit die Beklagte eine frühzeitige Kündigung des Vertrags verhindere und Konsumenten einschüchtere (act. 2, Prot. S. 18). Diese klägerische Auslegung von Ziffer 18 der AGB wird von der Beklagten bestritten, weshalb zunächst kurz auf den Inhalt von Ziffer 18 der AGB einzugehen ist. Gemäss den im Recht liegenden AGB umfasst deren Ziffer 18 fünf Absätze. Der erste Absatz regelt gemäss seinem Wortlaut Kündigungen vor Ablauf der Mindestvertragsdauer und hält fest, dass eine solche nur unter Kostenfolgen möglich sei. Der vom Kläger monierte vierte Absatz von Ziffer 18 AGB bezieht sich gemäss dessen Wortlaut auf Kündigungen von Verträgen nach Ablauf der Mindestvertragsdauer und Kündigung von Verträgen ohne Mindestvertragsdauer. Diese können – so Absatz 4 von Ziffer 18 der AGB – ohne Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist nur gekündigt werden gegen Bezahlung der monatlichen Grundgebühren bis zum ordentlichen Kündigungstermin zzgl. einer Gebühr in Höhe von Fr. 100.–. Richtig ist damit zwar, dass – wie vom Kläger geltend gemacht – eine Kündigung von Verträgen nach Ablauf der Mindestvertragsdauer und von Verträgen ohne Mindestvertragsdauer ohne Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist nur gegen Bezahlung einer zusätzlichen Gebühr in Höhe von Fr. 100.– möglich ist. Daraus kann indes entgegen dem Kläger nicht geschlossen werden, dass bei einer Kündigung der vorgenannten Verträge jedenfalls und immer

eine Gebühr in Höhe von Fr. 100.– zu entrichten ist. Anhaltspunkte dafür, dass eine solche Gebühr auch bei Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zu entrichten wäre, finden sich in Ziffer 18 der AGB nicht.

3.2. Damit eine AGB-Bestimmung im Sinne von Art. 8 UWG als missbräuchlich einzustufen ist, bedarf es – wie vorstehend ausgeführt – eines durch die AGB-Bestimmungen bedingten Ungleichgewichts zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien. Vorliegend regeln sowohl der erste Absatz als auch der fünfte Absatz von Ziffer 18 der AGB Situationen, in den der Konsument früher als vereinbart bzw. vertraglich möglich das Vertragsverhältnis beendet. Dies Möglichkeit besteht zwar gemäss den AGB-Bestimmungen, ist aber mit einem entsprechenden Ausgleich des Interesses der Beklagten – nämlich den Vertrag bis zum Ablauf der entsprechenden Frist bzw. unter Einhaltung der Kündigungsfrist ordentlich weiterzuführen – und damit mit einer Gegenleistung verbunden. Dabei handelt es sich – wie von der Beklagten vorgebracht – um das positive Vertragsinteresse. Dies erscheint ohne Weiteres legitim, zumal die Beklagte dadurch keinen ersichtlichen Vorteil erhält. Ein Ungleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten des Konsument und der Beklagten ist damit nicht ersichtlich, weshalb sich eine weitergehende Prüfung des Missverhältnisses und der weiteren Tatbestandselemente im Sinne von Art. 8 UWG erübrigt. Rechtsbegehren Ziffer 3 ist demgemäss auch in Bezug auf die Missbräuchlichkeit der Kündigungsgebühren in Ziffer 18 der AGB abzuweisen. Damit entfällt auch das akzessorische Begehren betreffend Urteilspublikation (Rechtsbegehren Ziffer 6) bzw. ist dieses ebenfalls abzuweisen.

## **VII. Kosten und Entschädigungsfolgen sowie Rechtsmittel**

1. Ausgangsgemäss wird der Kläger als unterliegende Partei kosten- und entschädigungspflichtig. Die Entscheidegebühr ist unter Berücksichtigung des Streitwerts von Fr. 480.– sowie des gerichtlichen Aufwands gestützt auf § 2 Abs. 1 lit. a GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG auf Fr. 150.– festzusetzen und aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (vgl. Art. 111 Abs. 1 ZPO).

2. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, dem Kläger aufgrund seines Unterliegens und der Beklagten mangels substantiierter Geltendmachung einer Partei- bzw. Umtriebsentschädigung (vgl. hierzu RÜEGG/RÜEGG, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, Art. 95 N 21 m.w.H.).

3. Der Streitwert liegt vorliegend unter Fr. 10'000.–, weshalb gegen den Entscheid das Rechtsmittel der Beschwerde gegeben ist (Art. 308 Abs. 2 ZPO e contrario in Verbindung mit Art. 319 lit. a ZPO). Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage ab Zustellung dieses Entscheids (Art. 321 Abs. 1 ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. Die Klage wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 150.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt und aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Bülach, 22. Dezember 2022

BEZIRKSGERICHT BÜLACH

Der Bezirksrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. iur. Ch. Hachmann

MLaw H. Zimmermann

